

**Contrariedad de los postulados de la Corte Constitucional: En Colombia por manifestación Constitucional y legal es permitido que las partes pacten las reglas del procedimiento en un proceso arbitral.**

El presente escrito quiere realizar una crítica a la forma como la jurisprudencia constitucional al señalar el alcance del artículo 116 de la Carta, realiza un análisis que lleva a conclusiones poco claras sobre aspectos del arbitraje. Con sus pronunciamientos tergiversa esta institución, desconociendo que tiene como presupuesto la autonomía de la voluntad de las partes, y, de la mano de la legislación, hace de ella algo que en su esencia no es: un mecanismo reglado para solucionar los conflictos. Para el desarrollo del mismo se tratarán de abordar los siguientes tópicos: en primer lugar se dará una noción amplia sobre la función de administrar justicia; luego, se esbozará el concepto de jurisdicción y su relación con el arbitraje como mecanismo alternativo de administración de justicia; posteriormente, se tratará el postulado de la autonomía privada de la voluntad como pilar fundante del pacto arbitral y se hará una breve discusión sobre la posición de la Corte Constitucional en relación a la posibilidad de las partes de pactar reglas procesales para el desarrollo del pacto arbitral y en un último lugar se expondrán algunas conclusiones pertinentes al tema tratado.

Una de las funciones que por excelencia debe cumplir el Estado, es la de administrar justicia; nuestra progresista Constitución del 91 ha establecido no solo mecanismos judiciales para hacerlo, sino que además se ha referido en su articulado a la posibilidad de investir a particulares transitoriamente de esta facultad. Es así entonces como nuestro constituyente ha pretendido garantizar el ejercicio de este derecho mediante dos formas en sentido amplio, a través del servicio del Estado que administra justicia por medio de órganos dotados constitucionalmente de autoridad para conocer de cualquier tipo de controversias, y a través del servicio de particulares con poder transitorio para resolver asuntos específicos.

Quienes se enfrentan en un pleito, aspiran a que sus pretensiones sean reconocidas por un tercero designado para ello; no obstante, el desarrollo de un proceso abstraído de la posibilidad de decisión de las partes que lo suscitan, sólo podría encontrar legitimidad en tanto que se adopten decisiones en términos de verdad, imparcialidad, legalidad y con el respeto de las garantías propias del juicio.

La administración de justicia como bien lo discutieron los constituyentes del 91, y como es apenas debido en un Estado de Derecho, debe regirse entre otros por el principio de transparencia, el de prevalencia del derecho sustancial, el de responsabilidad, el de equidad, el de independencia, el derecho al debido proceso, el de contradicción de la prueba y el de motivación de las decisiones.

Estos principios, no se circunscriben con exclusividad a la administración de justicia como función del Estado, sino que se encuentran también en todas las actuaciones en las que se discute la existencia de un derecho. Cuando los particulares son investidos de la facultad de administrar justicia, deben hacerlo en los términos que lo autorice la ley, esto es, aplicando los principios relativos a este ejercicio.

Como hemos visto, si bien, nuestro constituyente no dejó al azar el ejercicio de la administración de justicia por el mismo deber de protección a las partes, en reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad, sí dejó a la libre escogencia de ellas tratándose de conflictos transigibles, la posibilidad de optar para su resolución, entre el Estado administrador de justicia, o los particulares nombrados para tal fin.

En el artículo 116 de la Constitución, se encuentra estipulado que los particulares pueden dirimir controversias; una de las formas en las que es posible resolver un conflicto de esta manera, es mediante el arbitraje. Este método se caracteriza entre otras cosas, por la libertad que tienen las partes para desarrollar el procedimiento, para elegir a los árbitros, y en mayor medida, aún antes de celebrar el proceso, para excluir el conflicto de la jurisdicción ordinaria.

Cuando el constituyente estableció al arbitraje como mecanismo para administrar justicia, si bien pudo darle regulación a su entrada en funcionamiento en el país, o al menos ordenar su reglamentación en cuanto a materias arbitrables, ejecución de laudos y recursos de los mismos, no podía ser ajeno a la doctrina y filosofía de esta práctica, según la cual las partes gozan de ciertas libertades que en un proceso que se desarrolla ante la jurisdicción estatal, están limitadas; es por eso que es posible afirmar que es contrario al mandato constitucional y a la misma naturaleza del arbitraje, que nuestro ordenamiento jurídico limite la posibilidad de las partes de regular su propio procedimiento arbitral.

Si bien la voluntad del Constituyente ha sido la de limitar la autonomía de las partes en el proceso arbitral a lo que se entiende por debido proceso, la Corte Constitucional, se ha encargado de darle un alcance amplio, en tanto que establece una limitante extra para las partes, siendo esta la carga de someterse a las normas de procedimiento establecidas por el legislador.

El arbitraje se presenta entonces como una salida antiformalista a los conflictos, pero no meramente eso, sino además como una puesta en marcha de la idea de administración de justicia, pero en términos de garantía para la resolución de las controversias de manera rápida y efectiva.

“(…) el carácter antiformalista que sustenta la esencialidad de los principios del procedimiento arbitral, implica que en la determinación de las reglas a las que los árbitros deben atender para su desarrollo no se pueda imponer la observancia de disposiciones procesales inaplicables, o que no se acomoden con el enjuiciamiento arbitral, en cuanto que puedan ser incompatibles con las características propias del arbitraje. Por tanto el modelo procesal arbitral se sustenta sobre la base de obtener la tutela procesal efectiva en orden a que, en ningún caso, se produzca indefensión, que ha de consistir en una impuesta falta de oportunidad para comparecer, alegar y probar en la instancia arbitral”<sup>1</sup>.

Se hace necesario precisar que no por el hecho de que el Estado permita que particulares de forma transitoria ejerzan una función jurisdiccional se puede entender que éste está renunciando a la soberanía jurisdiccional en materia de resolución de conflictos, sino más bien, que está haciendo un reconocimiento de la capacidad que tienen las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad para recurrir a otros mecanismos, sólo en aquellos asuntos que no riñan de manera directa o indirecta con los límites que el legislador civil en el artículo 16 del Código Civil impone a la autonomía de la voluntad para dirimir sus conflictos.

De conformidad con lo anterior, nos pudiéramos plantear los siguientes interrogantes: ¿Qué significa que un árbitro ejerza funciones jurisdiccionales? ¿Qué supone en términos constitucionales y legales administrar justicia?

---

<sup>1</sup> MARÍN GÁMEZ, José Ángel, Aproximación a la Problemática Jurídico Constitucional del Arbitraje, Derecho Privado y Constitución, Núm. 16. Enero-Diciembre 2002, p. 244.

Según Couture, la jurisdicción puede entenderse como: “La función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución”<sup>2</sup>.

El anterior concepto da cuenta, según el mismo autor, de una de las cuatro acepciones que existen de la palabra jurisdicción: la jurisdicción como conjunto de poderes o autoridad de ciertos órganos del poder público, como ámbito territorial, como sinónimo de competencia, y en su sentido más preciso y técnico, como función pública de hacer justicia<sup>3</sup>. Esta última acepción es la adoptada en el desarrollo de este escrito.

Ahora, si de conformidad con el artículo 116 de la Constitución, los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en calidad de árbitros, ostentan necesaria e indefectiblemente de competencia pública para hacer justicia.

Es tal el papel confiado a la jurisdicción arbitral, que la normativa que disciplina el procedimiento define este equivalente o instancia como: “...un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, difieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral...”<sup>4</sup>.

La doctrina colombiana acompañada en su tesis por decisiones de la Corte Constitucional, ha convenido en calificar el procedimiento arbitral como equivalente jurisdiccional, asunto sobre el cual gravitan interpretaciones de la Honorable Corte que en nuestro sentir desdibujan la naturaleza contractual del arbitraje, argumentos en este sentido los encontramos en Quintero y Prieto, quienes sostienen: “Si el árbitro es un juez y ejerce jurisdicción mediante un proceso, solucionando el conflicto por su propia voluntad, mediante un mandato que es una sentencia, el laudo arbitral, pleno en sí, y que de manera alguna

---

<sup>2</sup> COUTURE J, Eduardo. Fundamentos de Derecho Procesal Civil, IB de F, cuarta edición, 2002, Montevideo, p.34.

<sup>3</sup> *Ibidem*. p23

<sup>4</sup> Artículo 115 Decreto 1818 de 1998

necesita homologación o prohijamiento del órgano jurisdiccional genuino, ese andamiaje de la justicia arbitral es un equivalente jurisdiccional”<sup>5</sup>.

No obstante lo anterior, esto es, que el arbitraje es un equivalente jurisdiccional, no puede dejarse de lado que el mismo tiene un origen contractual, por cuanto son las partes, a través de un contrato -cláusula compromisoria o compromiso-, quienes habilitan a los árbitros para que ejerzan, con efectos inter partes, esa administración de justicia. Tan es así, que los árbitros no están en forma permanente investidos de esa facultad, ni es una ley la que obliga a las partes a que sometan la solución de sus controversias al conocimiento de un tribunal arbitral, sino, que es a partir del pacto realizado entre los contratantes, que tal tribunal tiene la facultad de administrar justicia. Es por ello que en este escrito se afirma que, no por ejercer el árbitro jurisdicción se niega la naturaleza misma del arbitraje, la cual es contractual.

Ya desde el derecho romano se aceptaba la utilización del arbitraje con el fin de resolver los conflictos de carácter privado, aspectos que estaban a cargo del *arbiter*, mecanismo al que podían acudir las partes con el fin de que una o más personas de su confianza solucionaran la controversia surgida entre ellos, y a la que podían acudir pactando previamente un compromiso: *“negocio jurídico complejo para cuya eficacia práctica el pretor no creó acción específica pero al que las partes solían revestir de fuerza mediante la formalidad de la estipulación, promesa omnipresente, por sus ventajas específicas: formalismo, abstracción, oralidad, etc...”*<sup>6</sup>

Posteriormente, este mecanismo fue utilizado en la edad media por las asociaciones gremiales, a las que acudían los artesanos y comerciantes para resolver sus conflictos, y por los señores feudales quienes acudían ante el rey para que obrara como árbitro en sus diferencias.

Así, el arbitraje a lo largo de la historia se ha desarrollado como un mecanismo de resolución de conflictos; se recurría a éste de manera voluntaria mediante acuerdo entre las partes, con la perspectiva de dar fin a controversias, por lo general en materias especializadas tales como la industria mercantil y entre

<sup>5</sup> QUINTERO, Beatriz, PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso, Temis, 2000, Bogotá, p.188.

<sup>6</sup> GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen. El Contrato de Arbitraje: “Arbitraje Romano”, Legis, 2005, Bogotá, p.21.

iguales en el área. El fin que se perseguía con esta práctica no solo era aclarar la disputa, sino también hacerlo de un modo rápido y eficaz, en pro de dar una solución adecuada a los intereses generales del grupo.

Para llevar a cabo el procedimiento, se escogía a personas dotadas de imparcialidad pero con vastos conocimientos y experiencia en el tema, y a pesar de que no se contaba con un modo de coerción, el “fallo” que profería quien hacía las veces de árbitro era siempre atendido aunque resultara no corresponder a los intereses de una de las partes; de no ser así, la sanción se producía en términos de rechazo a la parte incumplida que vería muy posiblemente desmejorada su posición en su gremio.

Sin embargo, esta práctica no fue eternamente ajena a la regulación estatal, al respecto Alan Redfern y Martin Hunter comentan : “...es evidente que en un contexto más amplio y general se necesita algo más para lograr que un sistema de “justicia privada” sea verdaderamente efectivo; y ello consiste en el respaldo del régimen jurídico en cuyo marco funciona el proceso de solución privada de controversias ”<sup>7</sup>, seguidamente y resaltando el interés del Estado en tener el control en materia de arbitramento afirman: “...Ahora bien, ningún Estado moderno podía permanecer inerte y permitir que un sistema de justicia privada que dependía de la buena voluntad de los participantes regulara actividades comerciales que cobraban cada vez más importancia; por ello era de esperar que, en algún momento, el Estado nacional tomara cartas en el asunto y reglamentara la cuestión”<sup>8</sup>.

Pese a que el arbitramento tiene elementos jurisdiccionales tales como el poder de decisión de los árbitros, el carácter obligatorio de los laudos que constituyen cosa juzgada, y las limitaciones y control de que todo proceso adolece, éste encuentra su fundamento en el pacto arbitral. Es la libre voluntad de las partes cuando deciden someterse a dicho mecanismo, la que otorga validez al compromiso arbitral y a la cláusula compromisoria, así, la decisión del árbitro se hace vinculante y obligatoria porque las partes lo pactan y aceptan; adicional a todo lo anterior, el Estado decide reconocer y otorgar a este mecanismo el carácter de jurisdicción especial.

---

<sup>7</sup> REDFERN, Alan, HUNTER, Martin. Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional, La Ley, cuarta edición, 2007, Buenos Aires, p.62.

<sup>8</sup> *Ibidem*. 63.



Habiendo dicho supra, que el arbitraje tiene matices jurisdiccionales dada la función que ejercen los árbitros, cual es administrar justicia, el arbitraje mismo como institución tiene naturaleza contractual, dado que nace del contrato que las partes previamente han realizado y por medio del cual han pactado someter sus diferencias presentes o futuras al conocimiento de un tribunal arbitral que deriva sus facultades de la exteriorización inequívoca de la voluntad de las partes para construir un negocio jurídico.

Esta facultad de las partes, deriva del postulado de la autonomía de la voluntad, consistente en la potestad o cualidad de la cual gozan los agentes particulares, para establecer autónomamente los criterios y/o parámetros por los cuales han de regirse sus relaciones jurídicas con otros sujetos, la cual no es otra cosa que: “la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos.”<sup>9</sup>, en el mismo sentido, Adriana Largo citando a María Vanegas Grau, expresa que la autonomía de la voluntad es:

*“La capacidad jurídica de cada individuo de regular libremente sus relaciones con los demás particulares...el cual tiene una dimensión filosófica y política...se habla así del dogma de la autonomía de la voluntad para evocar la hegemonía de un principio incuestionable que se admite como verdad fundamental. En virtud de este principio, la fuente del Derecho se encuentra en el propio individuo, en su libertad y en su voluntad: en su voluntad autónoma, en definitiva.”<sup>10</sup>*

El origen de este postulado se remonta tal como lo sostiene Guillermo Ospina Fernández, al nacimiento mismo de los pueblos y hace parte de la historia universal, toda vez que ha sido esta potestad la que ha revestido de eficacia ciertas manifestaciones de la voluntad de los particulares.

---

<sup>9</sup> OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, OSPINA ACOSTA Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico, Temis, séptima edición, 2005, Bogotá, p.6.

<sup>10</sup> LAGO TABORDA, Adriana. Tensión entre Autonomía y Buena Fe en la Contratación Privada Contemporánea. Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Colección Mejores Trabajos de Grado, 2012, p.19.

Este postulado ha presentado variaciones en su elaboración ya que ha tenido principalmente dos tratamientos: el primero de ellos es la concepción racionalista, y el segundo la subordinación de la autonomía de la voluntad al orden público.

Bajo la concepción racionalista se rinde gran culto a la voluntad privada, y se deja de lado el concepto de orden público; el interés general del Estado bajo este esquema liberal radical, tenía como único objetivo la garantía de los intereses individuales de las personas, por ello es que el postulado de la autonomía de la voluntad privada tiene en esta etapa un amplio margen de configuración, ya que no se ve expuesta a ningún tipo de limitante. Bajo ésta concepción se entiende entonces que la eficiencia de los actos jurídicos derivaba de la autonomía privada de las partes que suscribían el contrato, así “la voluntad privada es autónoma y onnipotente”<sup>11</sup>.

Pero esta postura no salió adelante en la estructuración de este postulado toda vez que como lo establece Julien Bonecase, “las exageraciones en que incurrió el racionalismo al exaltar la voluntad privada hasta el punto de hacer del acto jurídico, y especialmente del contrato, el soporte más importante de la vida social, y, al reducir la función del derecho y de su noción dominante – el orden público-, a la protección negativa de dicha voluntad, han provocado una vigorosa reacción en el pensamiento filosófico-jurídico contemporáneo”<sup>12</sup>.

Desde una posición más actual, la voluntad privada no es absoluta sino que encuentra su límite en el orden público. Se produjo este cambio gracias a la puesta en marcha del Estado Social de Derecho, ya que, el Estado no es simplemente un gendarme de las libertades individuales, sino que por el contrario tiene la tarea de velar y hacer efectivo el cumplimiento de ciertas garantías para sus asociados. Entre dos postulados - orden público y autonomía de la voluntad- se genera una relación: la autonomía de la voluntad privada queda sometida al respeto del orden público cuya razón de ser constituye la salvaguarda de los intereses superiores que integran la estructura social, a saber, el orden público propiamente dicho y las sanas costumbres (art. 16 CC), el cual no debe ser vulnerado por la preeminencia de intereses individuales.

---

<sup>11</sup> OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, OSPINA ACOSTA Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico, Temis, séptima edición, 2005, Bogotá, p.9

<sup>12</sup> *Ibídem* p.9



Ahora bien, la Corte Constitucional ha entendido que para el ordenamiento colombiano se acoge la teoría moderna de la autonomía de la voluntad privada, que supone la existencia de un poder dispositivo de regulación, pero sometido a la intervención normativa del Estado, de suerte que *“lejos de entrañar un poder absoluto e ilimitado de regulación de los intereses de los particulares, como era lo propio del liberalismo individualista, se encuentra sometido a la realización de la función social de la propiedad privada y de las libertades básicas de la economía de mercado.”*<sup>13</sup>

La autonomía de la voluntad como libertad contractual encuentra sustento en el artículo 1602 del Código Civil, el cual reza: *“todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*, además, el artículo 16 del código civil establece límites para su utilización: *“no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”*.

La Corte Constitucional ha sido garante de este postulado, estableciendo que *“dicha autonomía se convierte en un derecho íntimamente ligado y vinculado a la dignidad de la persona humana, ya que se erige en el instrumento principal e idóneo para la satisfacción de las necesidades básicas, mediante el poder que le otorga el ordenamiento positivo para regular sus propios intereses en el tráfico jurídico. De ahí que, en la actualidad, se estime que es indispensable conferir un cierto grado razonable de autorregulación a los asociados, a través del reconocimiento de un núcleo esencial de libertad contractual, destinado a suplir la imposibilidad física, técnica y jurídica del Estado para prever ex - ante todas las necesidades de las personas”*<sup>14</sup>

Dicho lo anterior, se establece que la autonomía de la voluntad es la piedra angular del arbitraje y esta posición la ha reiterado la misma corporación de la siguiente manera: *“el principio de la autonomía de la voluntad privada es el fundamento del arbitramento, pues “si los sujetos de derecho, según las regulaciones legales, tienen la capacidad de gobernar sus derechos según les plazca, siéndoles posible adquirirlos, gozarlos, gravarlos, transferirlos, o extinguirlos, posible también les es acordar la solución de los conflictos que comprometen sus derechos subjetivos”*<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Corte constitucional. Sentencia C-186 de 2011. M.p: Humberto Antonio Sierra Porto

<sup>14</sup> *ibídem*

<sup>15</sup> Corte constitucional. Sentencia C-014 de 2010. M.p: Mauricio González Cuervo

De lo anterior se entiende que la Corte Constitucional amparada en el postulado de la autonomía de la voluntad o lo que también se conoce como “principio de voluntariedad” ha dado vía libre para que las partes determinen lo atinente a las reglas del proceso arbitral y las de fondo del conflicto.

En contradicción con la postura arriba referenciada y sostenida en varias providencias, esta misma corporación en análisis realizado del artículo 6 de la Ley 1285 de 2009, que modifica el artículo 13 de la ley 270 DE 1996 -estatutaria de administración de justicia-, el cual establece en su numeral 3° que en la administración de justicia ejercida por particulares éstos podrán: “... acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a la de un Centro de Arbitraje, respetando, en todo caso los principios Constitucionales que integran el debido proceso”<sup>16</sup>, afirmó lo siguiente:

“...para armonizar la naturaleza voluntaria del arbitraje con sus implicaciones como institución de orden procesal, cuando las partes –particulares- deciden fijar autónomamente las reglas de procedimiento (arbitraje institucional o independiente), es necesario condicionar la exequibilidad de la norma en el entendido de que las partes también deben respetar lo dispuesto por las leyes especiales que regulen los procedimientos arbitrales. De lo contrario, podría suponerse que el Congreso ha renunciado a la atribución constitucional de regular la materia, cuando, como ya ha sido explicado, el artículo 116 de la Constitución advierte los árbitros sólo podrán administrar justicia “*en los términos que fije la ley*”<sup>17</sup>.

En concordancia con lo anterior y en el supuesto de que el Estado no es parte en el proceso arbitral y que las auténticas partes efectivamente han acordado las normas procedimentales que regirán sus controversias, aunque ésta corporación y la misma ley han establecido la libertad de configuración de las partes, bajo un argumento tautológico hacen una restricción directa a esta libertad, sosteniendo que se debe observar, además de los principios constitutivos del debido proceso, las leyes especiales sobre arbitramento.

---

<sup>16</sup> Subraya propia.

<sup>17</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-713 del 2008. M.p: Clara Inés Vargas Hernández

Al respecto se hace indispensable exponer una definición sobre lo que se entiende por debido proceso, el profesor Arturo Hoyos reseña:

“La garantía constitucional del debido proceso es una institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes en todo proceso –legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones injustificadas- oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la ley contra resoluciones judiciales motivadas y conformes a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos”<sup>18</sup>

Es menester añadir que este derecho tiene como fin esencial el respeto de unos postulados básicos que se hacen obligatorios para que pueda administrarse justicia efectivamente en desarrollo de la función jurisdiccional ya sea por parte del Estado o por particulares.

En ese sentido, pareciera estar claro el concepto de debido proceso, pero adicional a ello, la Corte dispone también la necesidad de que las partes deban ajustar y limitar su acuerdo a la hora de fijar las reglas procedimentales para el tratamiento del conflicto a “lo dispuesto por las leyes especiales que regulen los procedimientos arbitrales”, lo que no es distinto a decir que las partes, respecto de dichas reglas no tienen libertad de configuración.

El decreto 1818 de 1998: Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en su artículo 116, determina las distintas modalidades de arbitraje: “ el arbitraje podrá ser independiente, institucional o legal. El arbitraje independiente es aquel en que las partes acuerdan autónomamente las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto; institucional, aquel en el que las partes somete a un procedimiento establecido por el centro de arbitraje; y legal, cuando a falta de dicho acuerdo, el arbitraje se realice conforme a las disposiciones legales vigentes”.

---

<sup>18</sup> HOYOS, Arturo. Citado en GARCIA RAMIREZ, Sergio. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. P.654 y 655

Se sostiene entonces, que es válido el acuerdo que las partes hagan respecto de las normas procedimentales a las que desean someter su controversia y tendrá que ser ejecutoriado el laudo que profiere el tribunal de arbitramento aplicando la normatividad de fondo del asunto y la procedimental elegida por las partes, siempre y cuando la materia tratada sea transigible.

Entonces, aunque en materia de arbitramento, la Constitución y el mismo Decreto 1818 de 1998 permiten que por medio de la libre voluntad de las partes y su autonomía estas dispongan sobre lo transable para someterlo al arbitraje, la facultad que en principio se otorga es engañosa pues verdaderamente no hay libertad para disponer sobre las reglas de procedimiento, así pues, todo proceso arbitral que se lleva a cabo en Colombia resulta ser legal pues de no ser así la ejecución del laudo se frustraría.

Lo anterior encuentra su fundamento en el entendimiento de que el procedimiento es parte del derecho al debido proceso, y por ser este último una garantía fundamental es materia no transigible, es por eso que sobre el asunto no pueden disponer las partes; esa es la misma razón para que aunque se les autoriza para fijar las normas procesales del litigio, en la práctica no se evidencie esa facultad y solo pueda darse el arbitraje legal.

Es conveniente mencionar lo que al respecto de la idea de procedimiento y su papel en el debido proceso la corte constitucional precisó T-179/96<sup>19</sup>: “Los procedimientos no se han concebido como ritos valiosos en sí mismos, a los cuales deba la justicia rendir culto ciego dentro de una idea formal, vacía de contenido y carente de objetivos, sino que sólo se justifican en cuanto su observancia implica la sujeción del juez, de las partes y de los intervinientes en el proceso a unas reglas de juego que salvaguarden en efecto los derechos materiales de quienes resulten afectados por la determinación judicial. Si no fuera por tales derechos -que corresponden al ser humano como sujeto, razón y propósito del orden jurídico-, que para ser reconocidos y ejercidos a plenitud requieren de una mínima seguridad de justicia, el puro esquema procesal quedaría despojado de sentido y obligatoriedad”

---

<sup>19</sup> Corte Constitucional: sentencia T-179 de 1996. M.p: José Gregorio Hernández Galindo

De lo anterior, se infiere que si las partes fijan las reglas procedimentales disponiendo de ellas en mutuo acuerdo, esto no constituye una violación del debido proceso, ya que, como se evidenció el debido proceso no se reduce al cumplimiento estricto de formalismos legales.

En la misma lógica es que no puede en la práctica limitarse la autonomía de la voluntad para disponer del procedimiento y menos aún negarse la ejecución de un laudo por haber seguido los árbitros las normas procedimentales que las partes hubiesen fijado para su litigio.

Lo anteriormente expuesto no implica que se considere la autonomía de la voluntad un postulado que sea ajeno a la regulación estatal, solo que dada la preponderancia que actualmente ha adquirido el aspecto socioeconómico es necesario que se generen medios expeditos y prácticos que permitan dar solución a los eventuales conflictos que se presenten en este campo, donde el arbitraje tiene pertinencia como escenario propicio para ello; instancia para la cual primigeniamente el orden fundante es la autonomía de las partes que así lo pactan en aquellos asuntos donde es lícito este mecanismo. El meollo del asunto se encuentra en el excesivo intervencionismo Estatal, pues en palabras de Ospina Fernandez, tenemos que:

*“el implantamiento de esta nueva política estatal, fundada en la noción de orden público, hipertrofiado en sus aspectos socioeconómicos, también ha conducido a que la intervención haya dejado de ser una función privativa del legislador y de los jueces...lo que ha conducido a que el comentado intervencionismo se ejerza en forma desordenada y frecuentemente lesiva de los derechos individuales y de la justa autonomía de la voluntad privada...so pretexto de establecer la indispensable justicia social, de adecuar los procesos de la economía nacional y de otras consideraciones por el estilo proliferan leyes propiamente dichas...por medio de los cuales se planifican, dictan, regulan y controlan a gran escala la iniciativa y las actividades jurídicas que son o eran materia de la autonomía de la voluntad privada.”<sup>20</sup>*

---

<sup>20</sup> O.p. Cit. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, OSPINA ACOSTA Eduardo. p.16.

Así las cosas, tenemos que la institución arbitral es un campo que no ha sido ajeno a los cambios anteriormente descritos, y se ha visto afectado de manera tajante en nuestro ordenamiento jurídico, por el intervencionismo estatal, lo cual se evidencia en la expedición de la respectiva normativa sobre la materia; y por qué no decirlo, por la confusa jurisprudencia emanada de las altas cortes en esta materia.

A modo de conclusión se tiene que, las dificultades prácticas que se presentan en la institución arbitral, tienen su origen en la ortodoxia de la perspectiva dogmática que se ha construido de la misma, dado que coexisten dos corrientes importantes; por un lado, una visión contractualista de la materia y por ende una iniciativa privada permeada de intereses económicos y prácticos, y por otro, una visión eminentemente procesalista y formalista, con la pretensión manifiesta de expresar, en su sentir, un respeto a nuestro modo de ver solo formal de principios constitucionales. Por lo impertinente de esta discusión que por lo pronto no hallará una solución pacífica que satisfaga las posiciones doctrinales y de paso dé lugar a soluciones legales queda allí como elemento discursivo sobre el que necesariamente vendrán futuras elaboraciones; más no por ello no podemos dejar de indicar en el presente escrito, que resulta en torno a lo expuesto *infra*, plantear las siguientes consideraciones:

- Nuestro ordenamiento procesal arbitral debe evolucionar a la par con los cambios estructurales de la economía, como son, el incremento de los tratados comerciales y la necesidad de ampliar la frontera económica del país, y sin duda, ser más flexible para que la autonomía de la voluntad privada y los medios necesarios para resolver los conflictos que allí se generen, confluyan de manera efectiva para garantizar no solo la prevalencia de la autonomía de la voluntad de las partes, sino también una pronta y eficaz justicia precisamente cuando estas acudiendo al mecanismo arbitral determinan formal y materialmente el procedimiento.
- Por tener las partes el respaldo constitucional para pactar la normativa que regulará su proceso arbitral, se infiere que en tanto aquellos asuntos susceptibles de ser sometidos al proceso arbitral, mientras no riñan materialmente con el orden público y las buenas costumbres; y el proceso arbitral mismo, que es el resultado de un acuerdo contractual, están, uno y



otro revestidos de un poder-facultad concedido por la Constitución y la ley a las partes que pueden, por qué no, crear normas procedimentales de obligatoria observancia en el proceso arbitral; pues si todo contrato válidamente celebrado es ley para las partes, es de esa ley de donde emana la obligatoriedad de observar el procedimiento que estas han determinado.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Antonio María Lorca Navarrete. Algunas Aportaciones Sobre una Nueva Concepción de la Naturaleza jurídica del arbitraje: Su Ámbito Negocial – Procesal. Athina: Revista de Derecho de los Alumnos de la Universidad de Lima (Perú), Vol. 3, No. 5, Octubre de 2008.
- MARÍN GÁMEZ, José Ángel, Aproximación a la Problemática Jurídico Constitucional del Arbitraje, Derecho Privado y Constitución, Núm. 16. Enero-Diciembre 2002.
- COUTURE J, Eduardo. Fundamentos de Derecho Procesal Civil, IB de F, cuarta edición, 2002, Montevideo.
- QUINTERO, Beatriz, PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso, Temis, 2000, Bogotá.
- GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen. El Contrato de Arbitraje: “Arbitraje Romano”, Legis, 2005, Bogotá.
- REDFERN, Alan, HUNTER, Martin. Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional, La Ley, cuarta edición, 2007, Buenos Aires.
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, OSPINA ACOSTA Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico, Temis, séptima edición, 2005, Bogotá.
- LAGO TABORDA, Adriana. Tensión entre Autonomía y Buena Fe en la Contratación Privada Contemporánea. Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Colección Mejores Trabajos de Grado, 2012.
- HOYOS, Arturo. Citado en GARCIA RAMIREZ, Sergio. Boletín Mexicano de Derecho Comparado.

**JURISPRUDENCIA:**

**Corte Constitucional:**

- Sentencia C-186 de 2011. M.p: Humberto Antonio Sierra Porto
- Sentencia C-014 de 2010. M.p: Mauricio González Cuervo
- Sentencia C-713 del 2008. M.p: Clara Inés Vargas Hernández
- Sentencia T-179 de 1996. M.p: José Gregorio Hernández Galindo